

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La répression des voyages à visée terroriste à l'aune des droits fondamentaux

Delhaise, Élise; Blaise, Noémie

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delhaise, É & Blaise, N 2019, 'La répression des voyages à visée terroriste à l'aune des droits fondamentaux', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6763, p. 173-177.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Sommaire

Doctrine

La répression des voyages à visée terroriste à l'aune des droits fondamentaux, par N. Blaise et E. Delhaise 173

Vie du droit

L'article 141bis du Code pénal : première application dans l'affaire du PKK - À propos de l'interaction entre la législation antiterroriste et le droit international humanitaire, par P. Jacques et R. van Steenberghe 178

Jurisprudence

■ Appel - Matière pénale - Jugement par défaut - Exploite de signification - Absence d'informations concernant les modalités de l'appel - Droit à un procès équitable - Appel tardif - Non recevable - Pas de violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme Cass., 2^e ch., 30 janvier 2019 182

■ Filiation - I. Droit judiciaire - Action en contestation de paternité - Action réservée aux personnes énumérées par la loi - Intervention d'une autre personne - Non-recevabilité - II. Action de l'enfant en contestation de paternité - Délai - Violation de l'article 22 de la Constitution par l'article 318, § 2, du Code civil - III. Action de l'enfant en contestation de paternité - Recevabilité - Possession d'état - Fin de non-recevoir - Absence de caractère absolu - Intérêt de l'enfant à agir en contestation de paternité - Fondement - Preuve de la non-paternité apportée - IV. Action de l'enfant en établissement de la paternité - Mesure d'avant dire droit - Expertise génétique Bruxelles, 43^e ch., 25 octobre 2018 184

■ Procédure civile - Action introduite par un détenu - Droit de comparaison personnelle (article 758, alinéa 1^{er}, C. jud.) - Procès équitable (article 6 Conv. EDH) - Absence de transfert à l'audience - Voie de fait - Condamnation de l'État belge sous astreinte Civ. Bruxelles fr., 4^e ch., 5 décembre 2018, observations de C. Noirhomme 188

Chronique

Colloques - Échos - Communiqués.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
2 mars 2019 - 138^e année
9 - N° 6763
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

La répression des voyages à visée terroriste à l'aune des droits fondamentaux

La présente contribution est consacrée à la question de la constitutionnalité, au regard notamment du principe de la légalité, de l'article 140sexies du Code pénal, ayant incriminé les voyages à visée terroriste. Les développements exposent le raisonnement de la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 18 janvier 2018 et donnent un aperçu des différentes conséquences critiquables de cette décision, en termes d'incrimination et de procédure.

Introduction

Le droit pénal connaît, depuis plusieurs années, d'importants développements législatifs en lien avec le terrorisme. Qu'il s'agisse de la définition de nouvelles infractions ou de particularités de la procédure pénale y applicable, celles-ci font régulièrement l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle, avec plus ou moins de succès¹.

La répression des voyages à visée terroriste n'a pas échappé à l'examen de la constitutionnalité par notre gardienne des droits fondamentaux. L'arrêt rendu le 18 janvier 2018 examine la constitutionnalité de l'article 140sexies du Code pénal, lequel a été introduit par la loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme qui traite également de la déchéance de nationalité des condamnés pour des infractions terroristes². Cette législation a été adoptée en réaction aux attentats de Paris de 2015 et aux attaques déjouées sur le territoire belge, particulièrement touché par le départ de ses ressortissants vers la Syrie³.

Notre analyse de l'arrêt du 18 janvier 2018 portera principalement sur la partie relative au principe de la légalité de l'incrimination. Pour ce faire, avant d'examiner la disposition critiquée (2), nous reviendrons sur la résolution du Conseil de sécurité qui a précédé l'adoption de cette législation (1). Nous envisagerons, ensuite, les critiques de constitutionnalité et la réponse apportée par la Cour (3), au regard du principe de la légalité (tant sous l'angle de l'élément moral (A) que de la différenciation de cette infraction de la tentative des autres infractions terroristes (B) et de la liberté de circulation (C). Enfin, nous en viendrons à des considérations critiques de cette décision (4) en examinant les conséquences d'une infraction définie largement sous l'angle des méthodes d'enquête propres aux infractions terroristes (A), de la base de données PNR (B), du mandat d'arrêt (C) et de l'incrimination de « délit-obstacles » (D).

1 L'impulsion du Conseil de sécurité

Par sa résolution n° 2178 du 24 septembre 2014, le Conseil de sécurité se penche sur la question des combattants terroristes étrangers (*foreign terrorist fighters*) qu'il définit comme « des individus

(1) C. const., 13 juillet 2005, n° 125/2005, www.const-court.be ; C. const., 28 janvier 2015, n° 9/2015, www.const-court.be ; C. const., recours pendants n°s 6805, 6807 et 6808, M.B., 8 février 2018 ; C. const., 15 mars 2018, n° 31/2018, J.L.M.B., 2018, p. 1227, note O. BONFOND, « Incitation au terrorisme : qui trop embrasse, mal étreint ».
(2) M.B., 15 août 2015. Voy. M.-A. BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », J.T., 2015, pp. 833-836.
(3) S. BOSLY et J. FAILLA, « Un aperçu des derniers développements du cadre juridique national et international de la lutte contre les combattants terroristes étrangers », in *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'harmattan, 2015, p. 28.

qui se rendent dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme, notamment à l'occasion d'un conflit armé »⁴.

Le Conseil de sécurité, s'appuyant sur le chapitre VII de la Charte onusienne relative au maintien de la paix et la sécurité internationales, réaffirme l'obligation des États de lutter contre les déplacements à finalités terroristes et insiste sur la nécessaire coopération entre États pour ce faire.

Plus précisément, en son paragraphe 5, le Conseil de sécurité décide que les États doivent lutter contre le tourisme à des fins terroristes en s'attaquant à tous les niveaux : recrutement, organisation, transport, équipement, financement...

Enfin, en lien avec la disposition qui nous concerne, le Conseil de sécurité « décide que tous les États doivent veiller à ce que la qualification des infractions pénales dans leur législation et leur réglementation internes permette, proportionnellement à la gravité de l'infraction, d'engager des poursuites et de réprimer : a) Leurs nationaux qui se rendent ou tentent de se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, et d'autres personnes qui quittent ou tentent de quitter leur territoire pour se rendre dans un État autre que leur État de résidence ou de nationalité, dans le dessein de commettre, d'organiser ou de préparer des actes de terrorisme, ou afin d'y participer ou de dispenser ou recevoir un entraînement au terrorisme (...) » (§ 6)⁵.

2 L'article 140sexies du Code pénal introduit par loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme

La disposition attaquée est rédigée de la sorte : « Sans préjudice de l'application de l'article 140, sera punie de la réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de cent euros à cinq mille euros :

1° toute personne qui quitte le territoire national en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction visée aux articles 137, 140 à 140quinquies et 141, à l'exception de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6° ;

2° toute personne qui entre sur le territoire national en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction visée aux articles 137, 140 à 140quinquies et 141, à l'exception de l'infraction visée à l'article 137, § 3, 6° ».

Deux comportements sont incriminés en lien avec le déplacement à but terroriste : (1) le fait de quitter le territoire national, en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction terroriste et (2) le fait d'y rentrer en étant animé de ces mêmes intentions. Est toutefois exclu le cas de la menace de réaliser pareille infraction (*cf.* article 137, § 3, 6°, du Code pénal).

L'infraction est caractérisée par son *dol* spécial puisque l'auteur doit être animé d'une intention particulière pour se voir reprocher cette infraction : « (...) l'infraction se situe toutefois à la frontière du matériel et de l'intentionnel en ce qu'un acte banal comme celui de voyager ou de se déplacer est incriminé s'il est accompli dans une certaine

intention »⁶. En effet, l'acte matériel consiste dans le fait de voyager d'un pays à l'autre⁷.

Il s'agit d'une infraction de mise en danger tout à fait abstraite en ce sens qu'elle n'exige pas la commission d'un acte terroriste pour être établie⁸. Ceci s'inscrit dans la mouvance du législateur d'approcher le terrorisme dans la phase de préparation aux fins d'en empêcher sa réalisation⁹.

En conséquence, la preuve de cette intention spéciale à l'occasion d'un « simple » voyage, sans nécessaire matérialisation d'un acte terroriste, sera un enjeu de l'application de la disposition¹⁰.

Dans sa version initiale étaient réprimés : « le fait de se rendre dans un autre État en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction terroriste » et « le fait de se rendre en Belgique en vue de la commission, en Belgique ou à l'étranger, d'une infraction terroriste »¹¹. La disposition a été modifiée suite à l'avis de la section législation du Conseil d'État, laquelle mettait en avant l'appréciation laissée au juge pour déterminer le commencement de l'infraction, en fonction du moyen de transport utilisé. En outre, la condition de se rendre « dans un autre État » posait question lorsque l'intéressé se rendait dans un État non reconnu en droit international ou en Haute mer¹².

L'expression « quitter le territoire national » présente davantage de garanties, au regard du principe de la légalité, en ce sens que « ce comportement [est] réputé commencer au moment où l'on entame un voyage sur le territoire national (...) qui conduit vers une destination située en dehors du territoire »¹³.

L'infraction est constitutive de crime, la peine applicable étant la réclusion de 5 à 10 ans. La question de l'effet bénéfique d'une telle sanction se pose avec d'autant plus d'acuité en cette matière dans la mesure où les prisons sont un terreau fertile pour la radicalisation¹⁴.

3 L'arrêt du 18 janvier 2018 de la Cour constitutionnelle

Le recours en annulation a été introduit par l'a.s.b.l. « Ligue des droits de l'homme », laquelle reproche au législateur la violation du principe de la légalité en raison de son imprécision quant à l'élément moral. En outre, le recours pointe la difficulté de différencier cette nouvelle infraction de la tentative d'autres infractions terroristes précédant la nouvelle disposition dans le Code pénal. Notons qu'un premier recours, notamment sur la base de violations du principe de la légalité, avait également été introduit sans succès lors de l'introduction dans notre Code pénal des premières infractions terroristes¹⁵.

A. L'élément moral

Le premier moyen critique la disposition, au regard du principe de la légalité des incriminations et des peines tel que garanti à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution et à l'article 7, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Le moyen, subdivisé en plusieurs points, est formulé en ces termes : « (...) cette disposition législative ne donnerait pas au juge de critère permettant d'apprécier l'existence de l'intention qu'elle requiert, ne préciserait pas le moment à partir duquel l'infraction créée est consommée, exigerait une intention de com-

(4) Résolution 2178 du Conseil de sécurité, 24 septembre 2014, www.un.org.

(5) Pour une analyse des instruments européens, voy. S. BOSLY et J. FAILLA, « Un aperçu des derniers développements du cadre juridique national et international de la lutte contre les combattants terroristes étrangers », *op. cit.*, pp. 22-27 et E. DELHAISE et C. FIEVET, « Frontières intelligentes et nouvelles incriminations pénales : l'Union européenne face à la problématique des "Foreign terrorist fighters" », *J.T.*, 2017, pp. 113-120.

(6) Projet de loi du 22 juin 2015 vi-

sant à renforcer la lutte contre le terrorisme, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2014-2015, n° 54/1198-001, p. 17. Voy. également S. BOSLY et J. FAILLA, « Un aperçu des derniers développements du cadre juridique national et international de la lutte contre les combattants terroristes étrangers », *op. cit.*, p. 20.

(7) M.-A. BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *J.T.*, 2015, p. 834.

(8) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le ter-

rorisme précité, Exposé des motifs, p. 6. Voy. J. ROELANDT, « De strijd tegen het terrorisme : een overzicht van de recente wetgevende ingrepen in het straf(proces)recht », *Nullum Crimen*, 2017, p. 13 et N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 3^e éd., Limal, Anthémis, 2016, p. 31.

(9) M.-A. BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *op. cit.*, p. 833.

(10) *Ibidem*, p. 834.

(11) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le ter-

rorisme précité, Avant-Projet de loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, p. 10.

(12) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, Avis du Conseil d'État, p. 16.

(13) *Ibidem*, p. 19.

(14) Ch. HOHN, « Les combattants européens en Syrie sous l'angle de la lutte contre le terrorisme », in *Les combattants européens en Syrie*, Paris, L'harmattan, 2015, p. 35.

(15) C. const., 28 janvier 2015, n° 9/2015, www.const-court.be.

mettre des autres infractions intentionnelles et autoriserait la répression de comportements déjà punissables en tant que tentative de commettre d'autres infractions terroristes »¹⁶.

Précisons qu'à notre sens, il aurait été préférable que la Cour examine cette question au regard de l'élément moral au lieu de « l'élément intentionnel » qui, en l'espèce, est du dol spécial puisque l'infraction doit être commise « à des fins de terrorisme ». Nous sommes en conséquence en présence de la branche « intentionnelle » des différentes catégories de l'élément moral, une intention plus spécifique y étant exigée¹⁷.

Le principe de la légalité procède de l'exigence de prévisibilité : le citoyen doit connaître le risque qu'il encourt au moment où il viole la loi pénale¹⁸. Cette dernière doit, outre cela, remplir des conditions d'accessibilité et de précision¹⁹.

Ainsi, avant de procéder à l'analyse de la disposition critiquée, la Cour rappelle ses attendus de principe en termes de prévisibilité en précisant les nuances à apporter²⁰.

La loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est punissable ou pas. Toutefois, le principe de la légalité en matière pénale n'empêche pas que la loi attribue un pouvoir d'appréciation au juge. Il faut en effet tenir compte du caractère de généralité des lois, de la diversité des situations auxquelles elles s'appliquent et de l'évolution des comportements qu'elles répriment.

Ceci implique que la condition qu'une infraction doit être clairement définie par la loi se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale²¹. L'utilisation de termes généraux par le législateur n'entraîne pas *ipso facto* une violation du principe de la légalité.

Notons que le recours possible à la jurisprudence pour considérer qu'un texte de loi est prévisible correspond à la conception « européenne » de la loi qui comprend le droit écrit et non écrit en lien avec le système anglo-saxon²². Cette brèche ouverte dans le respect du principe de la légalité est accentuée par d'autres arrêts, lesquels ne reconnaissent pas de violation du principe de la légalité quand bien même il est nécessaire de recourir aux travaux préparatoires ou, plus étonnement, à des conseils éclairés²³. L'on ne peut que s'interroger sur le respect de l'exigence d'accessibilité de la loi pénale avec de tels développements²⁴.

Au sujet de l'absence de précision sur l'élément moral de l'infraction, la Cour statue que cela « ne suffit pas pour considérer que celle-ci empêche la personne qui quitte le territoire national ou qui entre sur celui-ci d'évaluer, préalablement et de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de son comportement. (...) Le juge doit apprécier cette intention non pas en fonction de conceptions subjectives qui rendraient imprévisible l'application de la disposition attaquée mais en considération d'éléments objectifs, en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire »²⁵.

La section de législation du Conseil d'État avait d'ailleurs attiré l'attention sur l'importance d'indices concrets, matérialisés ou objectivables sans se limiter à des stéréotypes liés à l'origine, les convictions religieuses, le passé judiciaire du prévenu ou de la destination de son

voyage²⁶. À titre d'exemple, pourrait être constitutif d'infraction le fait de commander un billet d'avion après avoir annoncé publiquement son intention de partir pour tuer.

La Cour conclut que le législateur a indiqué « en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, sans laisser au juge un trop grand pouvoir d'appréciation »²⁷.

Cette expression du dol spécial « à des fins de terrorisme » mérite d'être davantage précisée. *Quid* du cas d'un combattant parti rejoindre l'insurrection syrienne ? Son voyage pourrait-il être considéré à des fins terroristes ?²⁸

B. L'articulation de l'article 140sexies avec les autres incriminations terroristes

L'article 140sexies réprime le fait de quitter le territoire national ou d'y rentrer en vue de commettre l'une des infractions terroristes prévues aux articles 140bis, 140quater, 140quinquies et 141 du Code pénal, lesquelles exigent un dol spécial.

La section de législation du Conseil d'État avait déjà soulevé la question de savoir si le nouveau comportement ne pouvait pas être réprimé par les dispositions existantes, à tout le moins comme une tentative de ceux-ci²⁹. L'analyse des travaux préparatoires permet de comprendre cette articulation : le nouveau comportement n'est pas nécessairement un acte d'apprentissage (article 140quinquies du Code pénal)³⁰.

En ce qui concerne la participation à un groupe terroriste (article 140 du Code pénal), il importe d'inclure les agissements de ceux qui se rendent à l'étranger, sans pour autant appartenir à un groupe terroriste bien déterminé³¹. La *ratio legis* de la nouvelle disposition vise à inclure les comportements de personnes isolées, autrement appelées « loups solitaires »³².

La Cour considère que « la circonstance qu'il puisse être malaisé pour l'autorité poursuivante de rapporter la preuve de ces deux intentions ne suffit pas à rendre l'article 140sexies du Code pénal incompatible avec le principe de légalité pénale »³³. Ceci explique que la disposition attaquée soit introduite par les termes « Sans préjudice de l'application de l'article 140 ». Dans l'éventualité où les faits seraient constitutifs de deux infractions, l'article 65 du Code pénal (relatif au concours d'infractions) trouverait à s'appliquer³⁴.

C. La liberté de circulation

La Cour rejette le moyen invoquant une violation de la liberté de circulation. Elle rappelle que cette dernière peut faire l'objet de restrictions en vue de préserver la sécurité nationale, la sûreté publique ou l'ordre public³⁵. L'incrimination des voyages à visée terroriste trouve son origine dans la Résolution des Nations unies du 24 septembre 2014 précitée³⁶, adoptée dans l'optique « d'écarter la menace terrible et grandissante que font peser les combattants terroristes étrangers »³⁷.

La section de législation du Conseil d'État avait, préalablement à cet arrêt de la Cour, tenu un raisonnement similaire. En effet, celle-ci a estimé que la restriction à la liberté de circulation pouvait être considérée comme nécessaire et proportionnée par rapport à l'objectif de cette restriction (la sauvegarde de la sécurité nationale, de la sûreté publique ou de l'ordre public)³⁸.

(16) C. const., 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.3.

(17) N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 281.

(18) *Ibidem*, p. 15.

(19) *Ibidem*, pp. 17-18.

(20) C. const., arrêt du 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.7.

(21) Voy. également C. VAN DEN WYNGAERT, S. VANDROMME et P. TRAEST, *Strafrecht & Strafprocesrecht*, 10^e éd., Anvers, Maklu, 2017, p. 80 et E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2006, p. 481.

(22) N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 18.

(23) *Ibidem*, p. 19.

(24) E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », op. cit., p. 488.

(25) C. const., arrêt du 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.9.1.

(26) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, avis du Conseil d'État, p. 17.

(27) C. const., arrêt du 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.9.2.

(28) E. DELHAISE et C. FIEVET, « Frontières intelligentes et nouvelles incriminations pénales : l'Union européenne face à la problématique des "Foreign terrorist fighters" », op. cit., p. 118.

(29) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, avis du Conseil d'État, p. 18.

(30) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, exposé des motifs, p. 6.

(31) *Ibidem*.

(32) S. BOSLY et J. FAILLA, « Un aperçu des derniers développements du cadre juridique national et international de la lutte contre les combattants terroristes étrangers », op. cit., p. 29.

(33) C. const., 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.9.3.

(34) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, exposé des motifs, p. 7.

(35) C. const., 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.13.2 et B.13.3 ; Quatrième Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme, article 2 et directive du 29 avril 2004, article 27. Voy. également E. DELHAISE et C. FIEVET, « Frontières intelligentes et nouvelles incriminations pénales : l'Union européenne face à la problématique des "Foreign terrorist fighters" », op. cit., pp. 113-117.

(36) Résolution 2178 du Conseil de sécurité, 24 septembre 2014, www.un.org.

(37) C. const., arrêt du 18 janvier 2018, n° 8/2018, www.const-court.be, B.8.

(38) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le ter-

4 Considérations critiques

Si le rejet du moyen relatif à la liberté de circulation nous semble pouvoir être justifié en raison des motifs de sécurité publique sous-jacents, le rejet du moyen concernant le principe de la légalité nous semble critiquable. En effet, quatre points présentent, à notre sens, des difficultés d'un point de vue pratique.

A. Le champ d'application des méthodes d'enquête

Plusieurs méthodes d'enquête ont vu leur champ d'application étendu en vue de fournir aux autorités judiciaires des outils supplémentaires dans le cadre de la lutte anti-terroriste. Nous pouvons citer à cet égard : les perquisitions³⁹, les arrestations dans les lieux non ouverts au public⁴⁰ ou les écoutes téléphoniques⁴¹.

Concernant les deux premières méthodes d'enquête, celles-ci ne peuvent être effectuées entre 21 heures et 5 heures, sauf exceptions. Parmi ces dernières, les infractions terroristes visées au livre II, titre I^{er} du Code pénal, ont été introduites en 2016.

Concernant les écoutes téléphoniques, celles-ci sont autorisées pour ces mêmes infractions terroristes depuis 2015. L'extension de leur champ d'application impacte toute une série d'autres méthodes d'enquête. En effet, la liste des infractions énoncées dans l'article 90^{ter} présente également un intérêt pour la mise en œuvre d'autres méthodes d'enquête (à savoir, notamment, la recherche proactive, le recours à des services de police spécialisés, le témoignage anonyme, certaines méthodes particulières de recherche, ou le contrôle visuel discret dans un lieu privé tel que le domicile...) qui renvoient au contenu de cette disposition⁴². En effet, « elles sont autorisées uniquement si l'infraction qu'elles recherchent est citée parmi la liste limitative de l'article 90^{ter} du C.i.cr. »⁴³.

Les personnes soupçonnées de ces voyages à visée terroriste incriminées à l'article 140^{sexies} du Code pénal peuvent faire l'objet de ces trois méthodes d'enquête, particulièrement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux, dont notamment le droit au respect de la vie privée et familiale, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les restrictions à ce droit ne sont envisageables que, entre autres, pour des raisons de sécurité nationale ou de sûreté publique et doivent être prévues par une loi, celle-ci devant présenter un certain degré de prévisibilité⁴⁴.

Les articles régissant ces méthodes d'enquête renvoient à l'article 140^{sexies} du Code pénal, sans autre précision concernant l'interprétation à donner aux notions. Or, cette disposition nous semble critiquable au vu du principe de la légalité, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Avec une description des éléments constitutifs aussi large que celle de l'article 140^{sexies} du Code pénal, notamment l'élément moral et la difficulté de preuve en découlant⁴⁵, il nous paraît que l'obligation de

prévisibilité, telle que justifiant une ingérence dans le droit au respect à la vie privée et familiale, n'est pas remplie en l'espèce.

En effet, il convient de relier ces méthodes d'enquête, qui s'inscrivent bien souvent dans une perspective proactive (c'est-à-dire à un stade où les suspicions sont plus nombreuses que les preuves matérielles), à une infraction qui, sans exiger la matérialisation d'un acte terroriste, punit celui qui voyage pour (re)venir aux fins de commettre une telle infraction. Or, si l'on se place au début de ce cheminement, diverses raisons peuvent amener un citoyen à rechercher à se rendre en Syrie, par exemple, sans nécessairement rentrer dans le champ d'application de la disposition critiquée. Il en va ainsi des reporters de guerre, des insurgés, du personnel humanitaire et sanitaire... qui pourraient faire l'objet de ces méthodes d'enquête particulièrement intrusives.

B. La consultation de la base de données PNR (Passenger Name Record)

Afin de répondre à la menace que représentent ces voyageurs poursuivant un objectif terroriste, le législateur a introduit une nouvelle méthode d'enquête dans le Code d'instruction criminelle⁴⁶. En effet, le procureur du Roi peut, par une décision écrite et motivée, charger l'officier de police judiciaire de requérir l'Unité d'information des passagers afin qu'il lui communique certaines données des passagers⁴⁷.

Cette méthode d'enquête trouve son origine dans une directive du Parlement européen et du Conseil⁴⁸ afin de prévenir et de détecter des infractions terroristes et autres infractions graves⁴⁹. Cette directive doit être considérée comme de la surveillance de masse et non comme de la surveillance ciblée⁵⁰. Par conséquent, on peut s'interroger sur une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au regard du principe de proportionnalité devant être respecté pour toutes les ingérences dans le droit au respect de la vie privée et familiale.

La Cour européenne des droits de l'homme n'opère toutefois pas de distinction au niveau des critères d'analyse du principe de proportionnalité selon que la surveillance est ciblée ou de masse⁵¹ et a considéré, à plusieurs reprises, que les systèmes d'interception massive n'entraînaient pas en eux-mêmes violation de l'article 8⁵². Il convient donc de se référer à sa jurisprudence constante en matière de mesures de surveillance et de vérifier, notamment, qu'elles sont bien prévues par une loi et entourées de garanties suffisantes contre l'arbitraire et les risques d'abus⁵³. Que penser d'une telle méthode d'enquête à spectre aussi large et ouvert pour une infraction comme les voyages à visée terroriste, dont les éléments constitutifs sont déterminés de manière imprécise et posant question au regard du principe de la légalité ?

C. Le mandat d'arrêt

Le mandat d'arrêt ne peut être délivré par le juge d'instruction que moyennant le respect de deux conditions cumulatives :

rorisme précité, avis du Conseil d'État, p. 19 et J. VELAERS, « La lutte contre le terrorisme et les droits de l'homme : développements récents en Belgique », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *Les visages de l'État - Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 787.

(39) Article 1^{er} de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions, visites domiciliaires ou arrestations, *M.B.*, 28 juin 1969, p. 6470, tel que modifié par la loi du 27 avril 2016 relative à des mesures complémentaires en matière de lutte contre le terrorisme, *M.B.*, 9 mai 2016, p. 30567.

(40) Article 2 de la loi du 7 juin 1969 précitée, tel que modifié par la loi du 27 avril 2016 précitée.

(41) Article 90^{ter} du C.i.cr., tel que modifié par la loi du 20 juillet 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme, *M.B.*, 5 août 2015, p. 49326.

(42) I. DE LA SERNA, « Des infractions

terroristes », in *Les infractions contre l'ordre public*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 174 et A. MASSET, « Terrorisme », in *Postal Memorialis - Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, f. mob., T 90/6, cités par E. DELHAISE, « La répression du terrorisme en droit belge et la mise en place de mécanismes d'exception », in P. MBONGO (dir.), *L'état d'urgence - La prérogative et l'état de droit*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 72.

(43) E. DELHAISE, « La répression du terrorisme en droit belge et la mise en place de mécanismes d'exception », *op. cit.*, p. 72.

(44) Voy. notamment : C.E.D.H., *Klass* e.a. c. *Allemagne*, 6 septembre 1978, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Malone* c. *Royaume-Uni*, 2 août 1984, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Amann* c. *Suisse*, 16 février 2000, *www.echr.coe.int* ; Eur. C.H.R., *M.M. v. the Netherlands*, 8th April 2003, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Bykov* c. *Russie*, 10 mars 2009, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Bucur*

et *Toma* c. *Roumanie*, 8 janvier 2013, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Ulariu* c. *Roumanie*, 19 novembre 2013, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Blaj* c. *Roumanie*, 8 avril 2014, *www.echr.coe.int*.

(45) Voy. *infra* D. L'indifférence du résultat et la preuve de l'élément moral.

(46) Article 46^{septies} du C.i.cr., tel qu'inséré par la loi du 25 décembre 2016 relative au traitement des données des passagers, *M.B.*, 25 janvier 2017, p. 12905.

(47) Données de réservation, d'enregistrement et d'embarquement telles que visées à l'article 9 de la loi du 25 décembre 2016 précitée.

(48) Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *J.O.U.E.* L 119 du 4 mai 2016, p. 132.

(49) E. DELHAISE et C. FIEVET,

« Frontières intelligentes et nouvelles incriminations pénales : l'Union européenne face à la problématique des "Foreign terrorist fighters" », *op. cit.*, p. 116.

(50) C. POULY, « La lutte contre le terrorisme et la protection de la vie privée : surveillance de masse, une cruelle nécessité ? », in S. JACOPIN et A. TARDIEU (dir.), *La lutte contre le terrorisme*, Paris, Pedone, 2017, p. 233.

(51) F. DUBUISSON, « La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, p. 864.

(52) Voy. notamment C.E.D.H., *Weber et Saravia* c. *Allemagne*, 29 juin 2006, *www.echr.coe.int* ; C.E.D.H., *Liberty* e.a. c. *Royaume-Uni*, 1^{er} octobre 2008, *www.echr.coe.int* ; Eur. C.H.R., *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, 19 juin 2018, *www.echr.coe.int* et Eur. C.H.R., *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom*, 13 septembre 2018, *www.echr.coe.int*.

(53) Voy. *supra* note n° 44.

- en cas d'absolue nécessité pour la sécurité publique ;
- pour les faits de nature à entraîner pour l'inculpé un emprisonnement correctionnel principal d'un an ou une peine plus grave⁵⁴.

Cependant, si le maximum de la peine applicable ne dépasse pas quinze ans de réclusion, le mandat d'arrêt ne peut être délivré que s'il existe de sérieuses raisons de craindre que l'inculpé, s'il était laissé en liberté :

- commette de nouveaux crimes ou délits, et/ou⁵⁵
- se soustraie à l'action de la justice, et/ou
- tente de faire disparaître des preuves, et/ou
- entre en collusion avec des tiers⁵⁶.

La loi du 3 août 2016⁵⁷ a introduit une exception dans le cadre de la lutte anti-terroriste. En effet, en cas d'infractions visées au livre II, titre I^{er}, du Code pénal pour lesquelles le maximum de la peine applicable dépasse cinq ans d'emprisonnement, le juge d'instruction ne doit pas vérifier l'existence d'une de ces quatre conditions.

Or, l'article 140sexies prévoit pour les auteurs d'une infraction de voyage à visée terroriste une peine de réclusion de cinq ans à dix ans et une peine d'amende de cent à cinq mille euros. Par conséquent, cette disposition est visée par les nouvelles exceptions introduites par cette loi de 2016.

Il est nécessaire de rappeler que le juge d'instruction reste tenu de motiver la délivrance du mandat d'arrêt par une absolue nécessité pour la sécurité publique, même en cas d'infractions terroristes. Cependant, en matière de terrorisme, législateur⁵⁸ et jurisprudence⁵⁹ sont unanimes : le terrorisme représente une grave menace pour la sécurité publique. Ne risque-t-on pas de glisser vers une présomption d'absolue nécessité pour la sécurité publique et d'un recours systématique à la détention préventive, sans analyse de ce critère ? Cette présomption, cumulée avec les termes larges de l'article 140sexies du Code pénal, nous semble problématique et entraînera, à notre sens, une généralisation de la détention préventive en matière de voyages à visée terroriste. Ne serait-ce pas ici la concrétisation de la mesure controversée d'emprisonnement automatique des *Foreign terrorist fighters* revenant de Syrie ou d'Irak, annoncée en novembre 2015 par le gouvernement⁶⁰ ?

D. L'indifférence du résultat et la preuve de l'élément moral

Les voyages à visée terroriste sont un délit-obstacle, introduit dans le Code pénal dans une volonté généralisée d'anticipation du passage à l'acte terroriste (*cf. supra*)⁶¹. Par conséquent, les éléments constitutifs s'inscrivent dans une logique « d'indifférence du résultat » en ce que l'infraction sera consommée même si le résultat visé lors du voyage n'a pas été atteint⁶².

La preuve de l'élément moral « à visée terroriste » risque dès lors de s'avérer particulièrement compliquée en pratique⁶³. En effet, comment prouver cet élément moral alors même que le but visé ne doit pas avoir été atteint ?

En matière de preuve, le seul élément objectif sera donc le voyage en tant que tel. Cela n'est pas sans poser question en matière, soit de droit à un procès équitable (et plus particulièrement de la présomption d'innocence) en cas de tendance à présumer l'intention terroriste chez cer-

tains prévenus, soit d'efficacité de la politique criminelle en matière terroriste en raison de la difficulté de récolter des preuves dans la pratique.

Conclusion

La matière pénale a connu d'importants développements législatifs en lien avec le terrorisme, davantage en réaction à des événements qu'en prévision de nouvelles formes de criminalité. Ces législations sont, pour la plupart, votées dans l'urgence après ces événements, voire sous l'émotion d'une attaque qui, en raison de son caractère imprévisible, nous concerne tous. En l'espèce, le législateur s'est à présent penché sur la question de ceux qui quittent ou entrent sur le territoire national en vue de commettre une infraction terroriste pour y apporter une réponse pénale.

Le cadre dans lequel sont votées ces lois rend encore plus crucial le rôle de la Cour constitutionnelle, gardienne des droits fondamentaux, lorsqu'elle est saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle. Son analyse des dispositions critiquées rappelle toute l'importance du principe de la séparation des pouvoirs.

Si, en l'espèce, la Cour constitutionnelle n'a pas constaté de violation du principe de la légalité en raison du caractère flou de l'élément moral, il eût été intéressant que la Cour soit amenée à considérer la constitutionnalité de cette nouvelle disposition via une lecture combinée du principe de la légalité et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il y avait, à notre sens, une fenêtre d'opportunité pour constater une violation dès lors que cette infraction, parce qu'elle est qualifiée de terroriste, autorise notamment des méthodes de recherche plus attentatoires à la vie privée.

Nous pouvons nous réjouir que les réformes du droit pénal aient été accompagnées de réformes du droit de la procédure pénale. En effet, toutes les nouvelles méthodes d'enquête et le nouveau champ d'application des mécanismes existants sont disponibles pour toutes les nouvelles incriminations pénales. Cependant, les imprécisions du législateur en droit pénal ont, comme nous l'avons développé précédemment, des impacts considérables en procédure pénale. Il semble avoir perdu de vue que le principe de la légalité s'applique également à la procédure pénale⁶⁴.

La définition imprécise des éléments constitutifs du nouvel arsenal pénal en matière de terrorisme n'est pas sans danger en termes de respect de ce principe constitutionnel et nous regrettons que la Cour constitutionnelle n'ait pas envoyé de signal fort au législateur pour ses prochaines réformes du droit pénal.

Noémie BLAISE

Stagiaire judiciaire

Chargée de cours invitée à l'UNamur

Elise DELHAISE

Assistante-doctorante à l'UNamur

Membre du centre de recherches Vulnérabilités et sociétés

(54) Loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990, p. 15779, article 16, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

(55) Les trois conditions ne sont en effet pas cumulatives d'où l'emploi de la conjonction « ou ».

(56) Loi du 20 juillet 1990 précitée, article 16, § 1^{er}, alinéa 4.

(57) Loi du 3 août 2016 portant des dispositions diverses en matière de lutte contre le terrorisme (III), *M.B.*, 2^e éd., 11 août 2016, p. 50973.

(58) Voy. notamment : projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, exposé des motifs p. 7 ; projet de loi du 21 mars 2016 relatif à des mesures

complémentaires en matière de lutte contre le terrorisme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 54/1727-001, p. 6 et proposition de loi du 22 septembre 2016 modifiant le Code d'instruction criminelle en vue de promouvoir la lutte contre le terrorisme, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 54-2050, p. 3.

(59) Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le terrorisme est une circonstance exceptionnelle menaçant la sécurité publique et justifiant des restrictions à certains droits fondamentaux. Voy., par exemple, son arrêt de référence en la matière : C.E.D.H., *Klass* e.a. c.

Allemagne, 6 septembre 1978, www.echr.coe.int.

(60) Lutte contre le terrorisme — mesures décidées par le Gouvernement fédéral, Séance plénière Chambre, 19 novembre 2015, <https://premier.fgov.be>.

(61) Voy. par exemple : loi du 18 février 2013 modifiant le livre II, titre I^{er} du Code pénal, *M.B.*, 4 mars 2013, p. 13233 ; Chambre des représentants de Belgique, projet de loi du 13 novembre 2012 modifiant le titre I^{er} du Code pénal, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 53/2502-001 et loi du 14 décembre 2016 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la ré-

pression du terrorisme, *M.B.*, 22 décembre 2016, p. 88017 ; proposition de loi du 13 janvier 2016 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la répression du terrorisme, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 54-1579/001.

(62) Projet de loi du 22 juin 2015 visant à renforcer la lutte contre le terrorisme précité, exposé des motifs, p. 6.

(63) M.-A. BEERNAERT, « Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste : entre symboles et prévention », *op. cit.*, p. 834.

(64) D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, la Charte, 2015, p. 20.